

**O DEBATE EM TORNO DAS COTAS RACIAIS  
COMO CRITÉRIO PARA O INGRESSO  
NO ENSINO SUPERIOR:  
Considerações acerca da Ação por  
Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186**

**THE DISCUSSION ABOUT RACIAL QUOTA AS  
CRITERION FOR ADMISSION IN UNIVERSITY:  
Considerations on ADPF 186**

ROBISON TRAMONTINA<sup>1</sup>  
ROGÉRIO LUIZ NERI DA SILVA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre ações afirmativas, especificamente, sobre cotas raciais em sociedades plurais e multiculturais. Pretende expor as principais razões presentes no debate a respeito da adoção de cotas raciais para o ingresso no ensino superior. Concentra seu foco nos argumentos expostos pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186. Defende a ideia de que a decisão tomada, que julgou improcedente o pedido protocolado pelos Democratas, representa a melhor resposta considerando-se o atual cenário jurídico constitucional. Desdobra-se, argumentativamente, em três momentos: a) conceituação e análise geral das ações afirmativas; b) apresentação e explicitação do fundamento e fim das ações afirmativas, o princípio da igualdade e c) exposição dos argumentos arrolados pelas partes na ADPF 186. Adota uma abordagem descritiva-reconstrutiva fundada em técnicas típicas da pesquisa bibliográfica e documental.

**PALAVRAS CHAVE:** Multiculturalismo; Igualdade; Ações Afirmativas.

**ABSTRACT:** This paper discusses affirmative action, specifically on racial quotas in plural and multicultural societies. It aims to explain the main reasons the present debate about the adoption of racial quotas for entry into University.

---

*Artigo recebido em 30.05.2014. Pareceres emitidos em 27.08.2014 e 18.09.2014.*

*Artigo aceito para publicação em 06.10.2014.*

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre/RS). Professor Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC – Chapecó/SC). *robison.tramontina@unoesc.edu.br*

<sup>2</sup> Doutor em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA – Rio de Janeiro/RJ). Professor Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC – Chapecó/SC). *dr.rogerionery@gmail.com*

It concentrates its focus on arguments by the Supreme Court during the trial of the ADPF 186. It takes the view that the decision which dismissed the application filed by Democrats is the best answer considering the current constitutional legal scenario. It unfolds, arguably, in three stages: a) general conceptualization and analysis of affirmative action; b) presentation and explanation of the basis and purpose of affirmative action, the principle of equality and c) exposure of the arguments by the parties enrolled in ADPF 186. Adopts a descriptive-reconstructive approach based on typical techniques of bibliographic and documental research.  
KEYWORDS: Multiculturalism; Equality; Affirmative Action.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. Ações Afirmativas: conceito e histórico; 2. Princípio da Igualdade; 2.1 A Igualdade Formal x Igualdade Material; 3 Argumentos da ADPF 186: pode a raça ser critério para instituir cotas de acesso ao ensino superior? Considerações Finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Affirmative Action: concept and history; 2. Principle of Equality; 2.1 Formal Equality x Material Equality; 3. Arguments ADPF 186: can the race be criterion to institute quotas for access to higher education? Conclusion; References.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos desafios mais importantes de qualquer sociedade, especialmente as multiculturais e democráticas que são Estados de Direito, é eliminar<sup>3</sup> ou amenizar as desigualdades existentes. O maior desafio nesse contexto reside no fato das desigualdades poderem ser de diversos tipos, a saber: moral, econômica, social, política e jurídica. Sendo assim, há diferentes tipos de desigualdades e, portanto, caso se tenha o propósito de ataca-las, mecanismos distintos precisam utilizados.

Além do desafio da desigualdade, há a questão da diferença. O ponto central, nesse cenário, associa-se a como tornar possível o respeito às diferenças, especialmente aquelas vinculadas à questões culturais, e a vida socialmente compartilhada.

Em perspectiva histórica, pode-se dizer que a luta pela igualdade tem como marcos importantes, particularmente, as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII na América e na Europa e os diversos movimentos civis e sociais na luta por direitos ocorridos nessas regiões e em outras no século XX.

No último quarto do século XX e no início do século XXI, o fenômeno da multiculturalidade potencializa e torna a discussão sobre a igualdade uma questão central e prioritária. O tema do multiculturalismo tornou-se importante na seara político-jurídica, recentemente. Tais centralidade e relevância estão associadas a alguns fenômenos, que não são novos, mas ganham robustez no contexto atual das sociedades ocidentais democráticas<sup>4</sup>. Em cada país, há

---

<sup>3</sup> Eliminar todos os tipos de desigualdades, especialmente a de natureza econômica, talvez não seja possível. Contudo, há autores de corte socialista ou comunista que defendem serem possíveis sociedades plenamente igualitárias.

<sup>4</sup> Especialmente, ou primeiro nos EUA, Canadá, Austrália e nos países da Europa Ocidental.

peculiaridades; entretanto, podem ser apontadas as seguintes variáveis que integram o “fato” da multiculturalidade: colonização de territórios com populações autóctones, fluxos contínuos e significativos de imigração, questões raciais e étnicas, demandas de minorias religiosas e políticas e reivindicações de gênero. Assim, o fenômeno da multiculturalidade não se restringe apenas a um “conflito entre culturas” ou mesmo a “conflitos étnicos”.

Há duas décadas, nos EUA e em alguns países da Europa, o debate filosófico, político e jurídico sobre o multiculturalismo tornou-se intenso e prolífico. Nesse contexto, é marco importante o texto produzido por Charles Taylor em 1992<sup>5</sup>. A partir daí as discussões que têm ocorrido, especialmente, no cenário filosófico, a título de fundamentação, estão marcadas por infundáveis e profundas controvérsias. Essas estão expressas nas seguintes aporias teóricas: essencialismo *versus* construtivismo; universalismo *versus* relativismo; igualdade *versus* diferença<sup>6</sup>.

O Multiculturalismo levanta, em termos gerais, três questões fundamentais: a) a da diferença; b) o lugar e a relação do direito das minorias em relação ao direito da maioria; e c) a da identidade e seu reconhecimento. Essas questões podem ser interpretadas segundo uma visão política ou culturalista. A visão política giza, fundamentalmente, nas reivindicações dos direitos das minorias no interior de um Estado nacional e distingue as minorias nacionais dos grupos étnicos. A interpretação culturalista privilegia a dimensão, como o termo sugere especificamente, cultural. Nesta, as reivindicações dos grupos não têm base “objetivamente” étnica, política ou nacional. Objetiva-se em movimentos sociais, com sistema de valores comuns, um estilo de vida homogêneo, com sentimento de identidade ou pertença ou experiência de marginalização<sup>7</sup>.

Convém observar que a dicotomia política x cultura, para ler/interpretar a multiculturalidade, é insatisfatória. O adequado é abordá-la a partir das duas interpretações. A análise fica prejudicada caso certos grupos não se encaixem perfeitamente nas classificações propostas.

Afora essa polêmica, cabe ressaltar que o multiculturalismo está associado à “política da diferença” ou à “política do reconhecimento”. Assim, seus defensores preocupam-se em reavaliar as identidades desrespeitadas e desconstituir padrões de representação e de comunicação (linguagem) que marginalizam certos grupos. Além disso, o multiculturalismo é uma questão de interesses econômicos e de poder político. Nesse âmbito, os multiculturalistas defendem remédios para compensar as desvantagens econômicas e políticas que as pessoas sofreram/sofrem como resultado de sua condição de minoria<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> TAYLOR, Charles. *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

<sup>6</sup> Não serão aqui tratadas.

<sup>7</sup> Cfr. SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: Edusc, 1999.

<sup>8</sup> Cfr. KYMLICKA, Will. *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*. Washington, DC: Migration Policy Institute. 2012. Cfr. SONG, Sarah. *Multiculturalism*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/multiculturalism/>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

A leitura culturalista do multiculturalismo centra-se em três áreas problemáticas: a educação; a identidade sexual e a relações interpessoais, as chamadas reivindicações identitárias<sup>9</sup>.

Aqui se trata de estudar uma dessas áreas, a educação, mais precisamente, a admissão das minorias, mormente a dos negros, à educação superior.

Causou celeuma política e jurídica no Brasil, recentemente, a adoção de cotas raciais para o ensino superior. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado pela constitucionalidade do dispositivo normativo que previa a admissão do critério étnico-racial, é relevante e imprescindível analisar e compreender adequadamente em termos de fundamentação teórica, não exclusivamente jurídica, a referida questão.

Para alcançar êxito na investigação<sup>10</sup>, adotar-se-á a seguinte trajetória argumentativa: inicialmente, destacar-se-á uma abordagem histórica e conceitual das ações afirmativas e de seus fundamentos teóricos; na sequência, far-se-á uma análise sobre o princípio da igualdade e, por fim, apresentar-se-ão os argumentos arrolados na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (ADPF).

## 1. AÇÕES AFIRMATIVAS: CONCEITO E HISTÓRICO

As ações afirmativas foram concebidas, nos Estados Unidos da América<sup>11</sup>, com o propósito de promover a inclusão social de parcelas da sociedade que, devido à falta de oportunidades geradas por preconceitos originários de caracteres como raça, sexo ou nacionalidade, historicamente, passaram ou sofreram discriminações.

Para compreender adequadamente o que são as ações afirmativas, é necessário considerar a sua evolução, constituição e compreensão nos EUA. Consoante Gomes<sup>12</sup>, elas passaram por três momentos. No primeiro, foram concebidas apenas como “mero encorajamento”, uma espécie de “incentivo moral” por parte do Estado. As pessoas que tinham poder decisório na esfera privada e pública eram estimuladas na seara educacional e no mercado de trabalho a considerar fatores como raça, cor, sexo e nacionalidade. O objetivo era concretizar o ideal de que as escolas e as empresas refletissem nos seus quadros a composição da sociedade.

Na sequência, por diversas razões, especialmente pelo aumento das desigualdades e pelo acirramento dos conflitos sociais, passaram a ser

<sup>9</sup> Cfr. SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: Edusc, 1999.

<sup>10</sup> Trata-se de investigação em fase inicial. Por essa razão, tem apenas pretensões descritivas.

<sup>11</sup> Alguns autores defendem que as ações afirmativas tiveram origem na Índia. Aqui, será seguida a leitura *standard*.

<sup>12</sup> Cfr. GOMES, Joaquim Barbosa. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade. Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito*. Brasília, v. 24, 2003a. Cfr. GOMES, Joaquim Barbosa. *O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas*. IN: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. *Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003b.

vinculadas à ideia da realização da igualdade de oportunidades por intermédio de cotas fixas de representação das minorias no mercado de trabalho e nas instituições educacionais. Nesse período, criam-se metas percentuais para a presença de negros e mulheres nas esferas há pouco mencionadas.

Por fim, mais recentemente, são definidas como políticas públicas e privadas concebidas para combater qualquer tipo de discriminação e realizar a Justiça Reparatória, tendo como escopo a concretização do ideal da efetiva igualdade<sup>13</sup>. Não têm natureza meramente negativa (reparatória ou compensatória), mas sim positiva, à medida que pretende evitar que discriminações atuais e futuras ocorram. Assim, as ações afirmativas têm a pretensão de prevenir a discriminação, mas também possuem um caráter reparatório e distributivo. Elas pretendem corrigir, ou pelo menos amenizar, os efeitos nefastos ou prejudiciais das discriminações passadas e evitar que as presentes e futuras aconteçam.

Nesse sentido, afirma Rocha<sup>14</sup> sobre as ações afirmativas:

[...] a definição jurídica e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva, promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela, afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. **A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.** (Grifo nosso)

Dessa passagem, podem-se extrair, analiticamente, algumas teses relevantes<sup>15</sup>, a saber: a) primeira, o tratamento desigual dos desiguais, em questões distributivas, serve para realizar a igualdade; b) histórica e culturalmente, certos grupos foram discriminados com base em preconceitos, em outros termos, o preconceito, variável cultural, é fonte de discriminações;

---

<sup>13</sup> “[...] como conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntários, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como corrigir ou mitigar os efeitos da discriminação presentes praticadas no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego”. GOMES, Joaquim Barbosa. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade. Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito*. Brasília, v. 24, 2003a.

<sup>14</sup> ROCHA, Carmen Lucia. *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, nº 131, jul./set. 1996. p. 286.

<sup>15</sup> As teses não serão apreciadas. Entretanto, um rápido e apertado comentário sobre elas: são instigantes e controversas. Exemplifica-se para ilustrar: qual o critério que deve ser utilizado para tratar os desiguais de forma desigual, a necessidade, o mérito, a etnia, a cor, o econômico? Sabe-se que ao utilizar o critério econômico, e não a cor (raça), o resultado é distinto.

e c) a possibilidade de se efetivar juridicamente, ou por intermédio do Direito, a igualação social, política e econômica<sup>16</sup>.

Para encerrar a discussão sobre o que são as ações afirmativas, destacam-se os seus traços característicos: a) a compulsoriedade ou voluntariedade e a temporariedade, ou não, das medidas a serem adotadas por órgãos públicos ou privados<sup>17</sup>; b) a concessão de benefícios ou vantagens a determinados grupos sociais, ou seja, aqueles discriminados; c) a busca da igualdade de oportunidades e tratamento; e d) medidas direcionadas em especial à área da educação, da saúde e do emprego<sup>18</sup>.

De acordo com Gomes<sup>19</sup>, as ações afirmativas têm basicamente quatro objetivos. O primeiro deles é concretizar o ideal da igualdade de oportunidades, de possibilidades. O segundo é induzir transformações significativas na ordem cultural, pedagógica e psicológica<sup>20</sup>. O terceiro é a implementação de uma diversidade e maior representatividade dos grupos minoritários nos setores públicos e privados. O quarto e último, criar a “cultura” da motivação e do empenho como elementos de realização de projetos de vida<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Em outro momento, pretende-se discutir, por se tratar de questão controversa, a tese de que o Direito, isoladamente, é capaz de realizar ações como a mencionada. Embora vive-se sobre o Império do Direito (Dworkin), isso não implica que ele capaz resolver todo e qualquer tipo de problema. Sendo que ele é incapaz, em muitas situações, de solucionar os seus próprios (fundamentos, natureza e outros).

<sup>17</sup> São exemplos no Brasil: a) a Portaria 1.156, do Ministério da Justiça, que obriga as empresas prestadoras de serviços por ele contratadas a contar em seu quadros afrodescendentes, mulheres e portadores de deficiência; e b) a Portaria 25, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, que obriga as empresas licitantes deste a apresentar propostas de adoção de ações afirmativas.

<sup>18</sup> Cfr. MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

<sup>19</sup> Cfr. GOMES, Joaquim Barbosa. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade. Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito*. Brasília, v. 24, 2003a. Cfr. GOMES, Joaquim Barbosa. *O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas*. IN: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. *Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003b.

<sup>20</sup> “A veiculação desses estereótipos (negro é burro, índio é indolente), concebidos como imagens que se vinculam mais ao campo da percepção, presentes na linguagem, na publicidade, na propaganda, nos livros didáticos, associando membros de determinados grupos a certas imagens, funciona como um poderoso instrumento de reprodução de preconceito, induzindo às práticas discriminatórias”. MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 75.

<sup>21</sup> “Em suma, com esta conotação, as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.” GOMES, Joaquim Barbosa. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade. Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito*. Brasília, v. 24, 2003a. p. 98. Nesse mesmo sentido afirma Dworkin: “Se há mais advogados negros, estes ajudarão a comunidade negra a contar com melhores serviços jurídicos, com o que se reduziriam as tensões sociais. Ademais, poderia suceder que, havendo um maior número de negros para discutir, em sala de aulas, os problemas sociais, isto elevaria a qualidade jurídica para todos os estudantes. E mais ainda, se se observa que os negros obtêm

Historicamente, o termo “ação afirmativa” (*affirmative action*) surgiu nos EUA, em 1935. O termo foi usado pela primeira vez no Ato Nacional das Relações de Trabalho (*National Labor Relations Act*)<sup>22</sup>, o qual vetou, entre outras determinações, a prática da repressão contra trabalhadores sindicalizados. Nesse, admitia-se, quando a discriminação pudesse ser objetivamente verificada, a realocação do trabalhador para posição laboral que poderia, ou mesmo deveria, ter ocupado caso não ocorresse a discriminação<sup>23</sup>.

Entretanto, da forma como é entendida na atualidade, o termo ação afirmativa foi utilizado pela primeira vez no governo de John F. Kennedy, na *Executive Order* nº 10.925 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014)<sup>24</sup>, de 6 de março de 1961, que vedava a prática de discriminações em desfavor de funcionário ou candidato em função de qualquer caráter particular, e determinou às empresas empreiteiras contratadas por entidades públicas selecionassem para seu quadro de funcionários indivíduos desiguais e oprimidos social e juridicamente, pertencente às mais diversas minorias (SILVA, 2003).

Nos anos seguintes, nos Estados Unidos da América, outros atos legislativos importantes foram aprovados para promover ações afirmativas relativas ao gênero, raça e nacionalidade. São exemplos, para ilustrar: o *Equal Pay act* de 10 de Junho de 1963, o *Civil Right Act* de 02 de Julho de 1964, a *Executive Order* nº 11.246 de 24 de Setembro de 1965. Além disso, no âmbito judicial, importantes decisões que justificavam e reforçavam políticas públicas afirmativas, foram tomadas pela Suprema Corte Americana. É conhecida a relevância da Corte Warren (1953-1969) para o fim da segregação racial.

A adoção de ações afirmativas pela sociedade estadunidense (Estado e sociedade civil) fez-se necessária uma vez que o “dilema americano”, mais especificamente, a “marginalização social do negro” precisava ser equacionada. Assim, o surgimento e a consolidação das referidas políticas se deu em virtude do histórico de marginalização, discriminação e opressão contra a comunidade negra nos Estados Unidos da América<sup>25</sup>.

Sendo assim, os Estados Unidos da América foram os pioneiros desse instituto. Tal pioneirismo está associado às experiências e a histórica justificação, de aproximadamente dois séculos – claro que esse não é o único fator –, de

---

êxito em seus estudos de Direito, é possível que outros negros que satisfaçam os critérios usuais de intelectualidade se motivem a candidatar-se e que isto, por sua vez, venha a melhorar a qualidade intelectual do conjunto dos advogados”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 351.

<sup>22</sup> Disponível em <<http://www.nlrb.gov/resources/national-labor-relations-act>>.

<sup>23</sup> Cfr. VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. Cfr. MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative action) no Direito Norte Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>24</sup> “Section 301 [...] (1) *The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, color, or national origin.* [...]”

<sup>25</sup> Parece não haver dúvidas sobre o fato de que a mola propulsora das ações afirmativas foi/é a questão racial.

uma sociedade escravocrata, substituída posteriormente por uma desoladora segregação racial legalizada, que ficou conhecida em todo o mundo como “*separate but equal*”<sup>26</sup>. Essa concepção, da possibilidade de iguais viverem separados, somente teve fim em meados do século XX, em virtude das decisões da Suprema Corte Americana ter acabado com a separação racial nas escolas, alterando, por consequência, toda jurisprudência existente naquele país, que até então, autoriza a segregação racial<sup>27</sup>.

Entretanto, como sugerido acima, tal instituto não foi criado apenas com o intuito de promover os interesses e os direitos da comunidade negra norte-americana. Além do propósito destacado, ele também foi utilizado para fomentar as mais diversas demandas de outros grupos minoritários.

Portanto, pode-se afirmar, a partir das breves considerações apontadas, que as ações afirmativas foram utilizadas para promover grupos sociais historicamente habituados a conviver com um tratamento não igualitário e discriminatório dos demais integrantes da sociedade. Nesses termos, as pessoas negras, as mulheres, os deficientes físicos, até então amplamente discriminados, viram os seus interesses e direitos serem assegurados/materializados.

Para finalizar este tópico, é importante destacar que as ações afirmativas são um dos aspectos, uma das variáveis, que tornam possível a realização da igualdade em longo prazo, e, paulatinamente, precisam vir acompanhadas de processos em outros âmbitos da vida social.

Assim, após a caracterização da natureza, da origem histórica, das características e finalidades, apresenta-se e analisa-se o princípio da igualdade, fundamento e finalidade das ações afirmativas.

## **2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Há alguns conceitos que se caracterizam pelo caráter abrangente e polisêmico. Sem dúvida, entre eles está o conceito de igualdade. A abrangência e a polissemia do conceito de igualdade estão associadas a sua estrutura ontológica e variação cultural, histórica, social e política.

Quando se fala no ideal da igualdade, imediatamente, as seguintes questões se descortinam: a) o que é o igual? É o recíproco ou é o proporcional? b) Que tipo de igualdade está sendo mencionada ou pressuposta: a econômica, a política, a social, a jurídica? Igualdade formal ou igualdade material? Igualdade “simples” ou “complexa”? Entretanto, não é possível em curto espaço de tempo discorrer e responder os mencionados questionamentos. Na sequência, será apresentada apenas uma síntese histórica do tema.

---

<sup>26</sup> Tese segregacionista defendida e aceita pela maioria dos Juizes da Suprema Corte Americana no famoso caso *Plessy X Ferguson* em 1896 que perdurou até 1954. Nesse ano, a mesma Corte pôs fim à segregação racial nas escolas, que posteriormente se estende para outros âmbitos. Cfr. APIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>27</sup> Cfr. BELINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a questão das quotas raciais para o ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

Antes de iniciar o resgate histórico, é importante frisar que a igualdade aqui é entendida como um ideal político, no sentido kantiano de ideia reguladora. Além disso, é uma virtude, soberana, da comunidade política<sup>28</sup>. Em resumo, a igualdade é um ideal e uma virtude política.

O ideal ou a virtude da igualdade, em sua dimensão política, é um valor estimado pelos indivíduos desde os primórdios da civilização ocidental. O exemplo histórico notório é a democracia grega. Claro que devem ser feitas todas as ressalvas possíveis em relação a esse modelo. O importante para a análise é o fato de que na Grécia antiga, mormente em Atenas, tem-se a primeira experiência política democrática, na qual a igualdade entre os cidadãos era um dos seus traços característicos. Assim, a igualdade não é uma novidade moderna. Embora, cabe o registro que a natureza, a extensão e o alcance dela seja completamente diferente na antiguidade.

A mais importante e significativa tematização da igualdade na Grécia Antiga foi levada a cabo por Aristóteles. Para ele, a igualdade buscada na *polis* dependia principalmente da justiça, que é uma virtude<sup>29</sup> e divide-se em duas classes: a corretiva e a distributiva<sup>30</sup>.

Segundo Aristóteles, a justiça corretiva trata da relação entre particulares, entre os iguais e, nesse âmbito, os iguais devem ser tratados de forma igual. Por outro lado, a justiça distributiva, que envolve uma relação do tipo Estado-indivíduo – na qual o primeiro distribui bens, honrarias e outros –, os desiguais devem ser tratados de forma desigual. Deve-se dar a cada um segundo o seu valor, o seu mérito, ou seja, utiliza-se de critério da proporcionalidade<sup>31</sup>. Sendo assim, há uma sugestão na compreensão aristotélica, não desenvolvida, de que a igualdade possui uma dupla dimensão.

Ao pensamento aristotélico, na Roma Antiga, opuseram-se Cícero e Sêneca. Ambos defenderam a ideia da igualdade universal entre os homens. De acordo com eles, todos os seres humanos são universalmente iguais.

De forma sintética, pode-se sustentar que o as principais teses do pensamento antigo (greco-romano) sobre a igualdade são as seguintes: a) todos os homens são naturalmente iguais (tese estoica, não aristotélica); b) ela é a essência da justiça; c) ela pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis; d) obriga a tratar o igual igualmente, e desigualmente o desigual; e) é a base da democracia<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>29</sup> Diz Aristóteles: “A justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo” (ARISTÓTELES. 2009. p. 103).

<sup>30</sup> Cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>31</sup> É importante observar que a teoria aristotélica precisa ser analisada e utilizada com certa parcimônia dado seu compromisso com alguns pressupostos filosóficos e políticos atualmente indefensáveis, por exemplo: a tese de que a desigualdade e a escravidão são naturais e, portanto, justas.

<sup>32</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

É incontroverso de ser na modernidade que o ideal da igualdade passa a ocupar lugar central, junto à liberdade, na teoria política. É conhecida a tese contratualista, embora haja diferenças importantes entre os principais representantes dessa corrente – Hobbes<sup>33</sup>, Locke<sup>34</sup> e Rousseau<sup>35</sup> –, de que os homens são naturalmente livres e iguais. A formulação da tese, nos termos expostos por Rousseau, constitui a base da teoria democrática republicana.

A teorização filosófica política fornece a base necessária para que o princípio da igualdade emergja como categoria jurídica nos documentos constitucionais promulgados após as revoluções do final do século XVIII. Nesses documentos, especialmente nos EUA e na França, edificou-se o conceito de igualdade perante a lei, geral e abstrata, que deve ser igual para todos sem qualquer distinção ou privilégio. Esse conceito de igualdade formal é a ideia-chave do constitucionalismo do século XIX e meados do século XX.

Entretanto, para se compreender adequadamente e justificar políticas públicas como as ações afirmativas, é necessário diferenciar a igualdade formal da igualdade material.

### **2.1 A Igualdade Formal x Igualdade Material**

A distinção entre igualdade formal e material faz-se necessária antes de um estudo mais aprofundado sobre as ações afirmativas. Tal incursão é necessária uma vez que o fundamento filosófico/jurídico delas recai sobre o princípio da igualdade.

Como destacado acima, a tese de que a igualdade tem uma dupla dimensão<sup>36</sup> pode ser localizada na abordagem aristotélica. A ideia básica é de que os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais de forma desigual. A noção de igualdade varia de acordo com o tipo de relação que se estabelece.

As formulações filosóficas (Locke, Montesquieu, Rousseau) modernas acerca da igualdade, após certo lapso temporal, restam recepcionadas e institucionalizadas juridicamente. Isso pode ser identificado nas Constituições elaboradas nesse período. Entretanto, a positivação do “direito natural” à igualdade se restringiu há uma das dimensões da igualdade, a formal. Sendo assim, influenciadas pelo liberalismo vigente à época, as normas jurídicas basilares asseguraram a igualdade de todos perante a lei. Em outros termos, diante da lei, todos são iguais.

A igualdade formal é característica de um Estado Liberal, pois reflete aquela prevista em lei, isto é, diante dos ordenamentos jurídicos todos são iguais perante a lei, sem que possa haver qualquer tipo de discriminação,

---

<sup>33</sup> Cfr. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>34</sup> Cfr. LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>35</sup> Cfr. ROUSSEAU. *Do Contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

<sup>36</sup> Isso não sugere que Aristóteles fez a distinção entre igualdade formal e igualdade material. Além do mais, é importante frisar, a dupla dimensão da noção de igualdade na teoria aristotélica, em termos morais e políticos, justifica a desigualdade, que para Aristóteles era natural.

ou, então, haver tratamentos desiguais entre iguais. Trata-se de igualdade meramente processual<sup>37</sup>.

Como destacado, esse tipo de igualdade é característica do Estado Liberal, pois, segundo a concepção que fundamenta tal configuração, assim como expressa, por exemplo, em Adam Smith (Liberalismo econômico) e John Locke (Liberalismo político), o aparato estatal somente deve garantir aos seus cidadãos direitos individuais, como direitos políticos, públicos e de liberdade. As revoluções liberais pretendiam assegurar a igualdade jurídica e não a igualdade das condições de fato<sup>38</sup>.

Entretanto, em virtude do processo de pauperização da população mundial, decorrente da Primeira Grande Guerra Mundial, bem como da quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929, especialmente na Europa, a natureza e o papel do Estado são repensados. O Estado, a partir da década de 30, passa a preocupar-se em intervir significativamente nos diversos setores da sociedade, e assume a função de propulsor, garantidor positivo e efetivador de direitos sociais, econômicos e culturais.

No interior desse contexto histórico, em meados do século XX, o cenário jurídico sobre significativas modificações. Com o Estado Social de Direito, além dos direitos civis, individuais e políticos, tem-se os direitos sociais, econômicos e culturais.

As Constituições criadas nesse período, especialmente, a mexicana e alemã, basearam-se nesse novo modelo de Estado, isto é, nos ideais sociais que deram início a uma nova ordem mundial. Desse modo, segundo Melo<sup>39</sup>, “o princípio da igualdade passa a ter um novo contorno, incorporando a igualdade material e seguindo no rumo da chamada discriminação positiva”. Logo, a igualdade material, a outra dimensão da igualdade ganha corpo e efetividade.

Em que a igualdade material difere da igualdade formal? É a natureza e o aspecto da relação que indica a dimensão da igualdade que se tratando ou se deve considerar. De acordo com Hesse<sup>40</sup>: “A igualdade material não consiste em um tratamento igual sem distinção e todos em todas as relações, senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual para fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual”.

Assim, o tratamento diferenciado dos desiguais se equipara formalmente com o tratamento igual dos iguais e não viola a ideia central do tratamento isonômico, pelo menos em termos distributivos.

---

<sup>37</sup> Cfr. GOMES, Joaquim Barbosa. As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade. *Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito*. Brasília, v. 24, 2003a.

<sup>38</sup> Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>39</sup> MELO, Mônica de. O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas. O Enfoque da Discriminação Positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 6, nº 25. out./dez. 1998. p. 84.

<sup>40</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Em termos jurídicos aplicação da igualdade material se justifica diante das desigualdades. Existem desigualdades que, quando percebidas, indicam a necessidade de que é urgente e oportuno que a igualdade real ou material se realize, ou seja, é relevante que ocorra a igualização das condições desiguais. Disso se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal, ao incidir em todos, igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos, e não a igualdade dos grupos, acaba por produzir mais desigualdades e propiciar a injustiça. Igualdade substancial, portanto, é a busca da igualdade de fato, da efetivação, da concretização dos postulados da igualdade perante a lei (igualdade formal).

Verifica-se, assim, que a igualdade material prevê, indiretamente, a criação de institutos capazes de acabar com as desigualdades que a própria igualdade formal deu causa ou não é suficiente para resolver.

A igualdade material deve ser entendida como uma maneira de dar tratamento equânime e uniforme aos cidadãos, bem como sua equiparação no referente às possibilidades de acesso a oportunidades de qualquer natureza.

Dessa forma, denota-se que as legislações produzidas consoantes à concepção liberal, primeiramente, garantiu a todas as pessoas a igualdade perante a lei, sem distinção individual ou em grupos, isto é, a igualdade formal. Mais tarde, percebeu-se pelo contexto fático que somente esse tipo de igualdade não era suficiente para conseguir garantir tratamento igualitário para todas as pessoas.

Surgiu, assim, a igualdade dos casos concretos, a chamada igualdade material que visa à efetivação da igualdade entre as pessoas, vez que a igualdade formal não é suficiente para combater algumas desigualdades existentes.

Assim, há a necessidade/dever de se criar institutos com o fito de equilibrar as relações sociais, políticas e econômicas existentes. Para atender às demandas supracitadas, tem-se as Ações Afirmativas, ou políticas de Discriminações Positivas, com o único fim de regular situações graves de desigualdades ou de injustiças provocadas por estas.

No tópico seguinte, serão avaliados os principais argumentos apresentados e debatidos no cenário jurídico nacional, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, sobre uma das ações afirmativas possíveis, o sistema de cotas. No caso em tela, o sistema de cotas com base em critérios raciais.

### **3. ARGUMENTOS DA ADPF 186: PODE A RAÇA SER CRITÉRIO PARA INSTITUIR COTAS DE ACESSO AO ENSINO SUPERIOR?**

Em 20 de julho de 2009, o Partido Democratas (DEM) ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF) com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de suspensão liminar da decisão da Universidade de Brasília que instituirá as cotas étnico-raciais como critério de ingresso naquela instituição.

Na petição inicial, alegou a parte proponente que as cotas raciais violariam os seguintes preceitos constitucionais<sup>41</sup>: a) o Princípio republicano e a dignidade da pessoa humana; b) Veto ao preconceito de cor e à discriminação; c) Repúdio ao racismo; d) Princípio da igualdade; e) Direito universal à educação; f) Meritocracia.

O argumento apresentado na inicial, no que concerne ao mérito, tem duas partes: I) o primeiro indica o que a ação não discute; II) o segundo, lista e embasa os argumentos que justificam a ação, portanto, que demonstram como as cotas violariam os preceitos fundamentais acima arrolados. Na sequência, far-se-á uma reconstrução das razões apresentadas.

I) A ação não discute três questões: a) a constitucionalidade das ações afirmativas como gênero e como política necessária para inclusão de minorias e para aprimoramento do Estado social-democrático de Direito; b) que o Brasil adota o modelo social de Estado; e c) a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade brasileira.

De acordo com a parte autora, o que está em discussão, segundo a visão apresentada, é a implementação de um Estado racializado ou de um racismo institucionalizado. Assim, a política afirmativa adotada na UnB é racista e funda-se em uma visão idealizada da experiência de cotas raciais estadunidense e tem uma compreensão equivocada das relações raciais no Brasil. Enfim, o que se quer discutir é tão somente a constitucionalidade da implantação, no Brasil, do sistema de cotas baseadas na raça.

Explicando melhor a tese, sempre consoante os argumentos presentes na inicial<sup>42</sup>: a raça isoladamente não pode ser critério razoável, legítimo e constitucional de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos, pois, no Brasil, diferentemente do que ocorreu nos EUA ou na África do Sul, a exclusão social decorre das precárias condições econômicas, e não exclusivamente por razões raciais. Por exemplo, os negros que integram a classe média alta não encontram muitas dificuldades para exercerem seus direitos e serem socialmente reconhecidos.

Desse modo, a instituição das cotas, seja na Universidade ou em concursos públicos, não resolve o problema da exclusão social dos negros, apenas mascara a realidade, ou seja, não ataca o fato gerador do fenômeno, e pode agravar a situação, uma vez que instaura a consciência estatal da raça, promove a ofensa ao princípio da igualdade ao estimular a discriminação inversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra, que não necessariamente precisa de suporte estatal.

---

<sup>41</sup> Não serão destacados e analisados os preceitos da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade, moralidade e da autonomia universitária.

<sup>42</sup> Tais argumentos também aparecem em texto produzido pela representante do autor, Roberta Fragozo Menezes Kaufmann. Eles estão expressos no texto "A desconstrução do mito da raça e a Inconstitucionalidade das cotas raciais no Brasil".

Outro argumento apresentado é o do critério da raça. Como definir alguém como negro? Pelo fenótipo ou pela ancestralidade genômica? De acordo com pesquisas lideradas por Pena<sup>43</sup> a aparência de uma pessoa informa pouco sobre sua ancestralidade. Alguns negros possuem até 65% de ancestralidade europeia. Assim, “no Brasil há brancos na aparência que são africanos na ancestralidade. E há negros, na aparência, que são europeus na ascendência”<sup>44</sup>. Além disso, a referida pesquisa demonstrou, em síntese, que apenas 20% dos brasileiros seriam de fato, brancos puros. Logo, por existir uma forma de identificar objetivamente a ancestralidade genômica, não se devem utilizar outros critérios, que padeceriam de precisão.

Entretanto, o bônus de tal medida é muito inferior ao ônus que a aplicação desta provocaria. Além disso, teria que se indicar o grau de ancestralidade para se considerar alguém negro.

Os defensores dos programas afirmativos racialistas justificam tais medidas na teoria da Justiça compensatória. Esta afirma que falhas e injustiças cometidas contra indivíduos no passado devem ser reparadas. O princípio é simples: quando uma parte lesiona outra, tem o dever de reparar o dano, retornando a vítima à situação que se encontrava antes de sofrer a lesão. Desse modo, diz-se que os programas afirmativos para os afrodescendentes é o de resgatar a dívida que os brancos possuem com os negros por tê-los submetido à escravidão.

O problema de tal teoria reside em dois pontos: a dificuldade para responsabilizar, no presente, os brancos descendentes daqueles que, no passado, praticaram a escravidão; a dificuldade para identificar quem seriam os beneficiários legítimos do programa compensatório. E, portanto, teríamos o problema da responsabilização de quem não praticou o dano e a reparação seria efetivada para aqueles que não sofreram o dano. A tese é de que somente os que sofreram o dano diretamente podem pleitear a reparação. O maior risco decorrente desta é a da responsabilização *ad infinitum*. Em síntese, o núcleo central argumentativo é esse.

Os argumentos apresentados pela parte autora, primeiro, como pedido de medida cautelar, foram examinados pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes.

O argumento do Ministro Gilmar Mendes<sup>45</sup>, em primeiro lugar, reconhece o caráter instigante e controverso da discussão sobre a legitimidade constitucional

---

<sup>43</sup> PENA, Sérgio. Razões para Banir o Conceito de Raça da Medicina Brasileira. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, v. 12, nº 1, p. 321-46, maio/ago. 2005.

<sup>44</sup> PENA, Sérgio. Razões para Banir o Conceito de Raça da Medicina Brasileira. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, v. 12, nº 1, p. 321-46, maio/ago. 2005. p. 334.

<sup>45</sup> Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.acoes.ufscar.br/admin/legislacao/arquivos/arquivo13.pdf>>. Brasília, 31 jul. 2009. As referências seguintes que mencionam Gilmar Mendes foram extraídas desse texto.

das ações afirmativas que implementam mecanismos de inclusão de minorias e determinados segmentos sociais. O motivo estaria associado ao fato de que referida temática remete às concepções individuais e coletivas que se tem sobre igualdade e liberdade, esses, valores centrais do Estado Democrático de Direito.

Em um segundo momento, para fundamentar sua posição, que será posteriormente evidenciada, acrescenta, partindo da tese defendida por Peter Häberle, que a fraternidade junto à liberdade e à igualdade constituem os valores fundamentais propugnados pela Revolução Francesa de 1789.

De acordo com Mendes, a liberdade e a igualdade devem ser repensadas segundo o valor da fraternidade. Aqueles devem ser vistos a partir deste; em termos simples, a liberdade e a igualdade devem ser vistas segundo a ótica da fraternidade. Logo, esta é a chave para a solução de diversos problemas relacionados à igualdade e à liberdade.

A fraternidade possibilita que as questões controversas possam ser vistas na perspectiva do outro, estimulando, nas sociedades complexas e multiculturais, a tolerância. Nas palavras de Mendes:

[...] a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema da liberdade e igualdade. Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, neste sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado Democrático, a conjugação dos valores da igualdade e fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

Assim, pensar a igualdade, em sociedades plurais e multiculturais com Estado Democrático de Direito, demanda a consideração das diferenças e o reconhecimento e a proteção dos direitos das minorias.

Posteriormente, Mendes reconhece a necessidade de se garantir a igualdade material, contudo, sem desprezar outros valores constitucionais. Utilizando-se do *Paradoxo da igualdade*<sup>46</sup>, formulado por Alexy<sup>47</sup>, sustenta que este suscita problemas complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

Para lograr êxito na discussão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, é necessário considerar o contexto, as peculiaridades históricas e culturais de cada sociedade. Um modelo de ações afirmativas que funcionam

---

<sup>46</sup> Toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito.

<sup>47</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

em um Estado pode não ser oportuno ou conveniente em outro. Também é necessário aprofundar os estudos sobre o conceito de “raça” e as causas que originam preconceito racial no Brasil. Outro aspecto relevante da questão é o fato de ser necessário distinguir a discriminação promovida pelo Estado e a praticada pelos particulares. Sem entrar em detalhes na argumentação, ao fim e ao cabo, o Ministro indeferiu o pedido de liminar interposto pelo DEM.

Tempos depois, o Plenário da Corte manifestou-se sobre o mérito da questão<sup>48</sup>. O Ministro que relatou a ADPF 186 foi Ricardo Lewandowski. Em seu voto, defendeu a constitucionalidade das cotas étnico-raciais como critério de ingresso no Ensino Superior Público.

A estrutura argumentativa formal apresentada pelo Ministro Relator tem dez etapas: a) primeira, destaca a dupla dimensão, formal e material, do princípio da igualdade agasalhado pela Constituição Federal de 1988; b) segunda, defende a aplicação do princípio da igualdade segundo a Justiça distributiva nos moldes apresentados por John Rawls; c) terceira, analisa o conceito de ação afirmativa e elenca os precedentes no STF sobre a temática em tela; d) quarta, discorre sobre os critérios jurídicos adotados no Brasil para ingresso no Ensino Superior e a consciência étnico-racial como fator de exclusão; f) quinta, comenta o papel integrador da Universidade; g) sexta, tece observações sobre as ações afirmativas nos EUA; h) sétima, apresenta a hetero e autoidentificação; i) oitava, releva o tema da reserva de vagas ou estabelecimento de cotas; j) nona, indica a transitoriedade das políticas das ações afirmativas; k) décima, teoriza sobre a proporcionalidade entre meios e fins.

Após o destaque da estrutura formal da argumentação do Ministro, indica-se a síntese dos argumentos cruciais elencados para fundamentar a constitucionalidade das cotas étnico-raciais.

A efetivação do princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, somente é possível se for assegurada a igualdade material ou substancial para todos os cidadãos (1). Tal compreensão está explícita na evolução política, doutrinária e jurisprudencial brasileira. E a operacionalização daquela se dá por intermédio das políticas afirmativas. Estas, por sua vez, possibilitam a igualdade de possibilidades.

A isonomia em igualdade de possibilidades ocorre quando há justiça distributiva (2). Esta permite a superação das desigualdades que ocorrem, na realidade, mediante a intervenção estatal e consistente para corrigi-las, realocando os bens e oportunidades existentes em vista do bem da coletividade. O modelo constitucional brasileiro aceita e compatibiliza-se com essa concepção.

Ao conceituar ação afirmativa (3), Lewandowski reforça o caráter transitório (9) delas, mas, diferentemente do que foi destacado na Inicial, reforça, não deixando de lado outros critérios, a importância da variável etnia ou raça.

---

<sup>48</sup> Será analisado apenas o voto do Ministro Relator.

No entanto, embora houvesse precedentes na Corte Brasileira sobre ações afirmativas, elas não versavam sobre cotas étnico-raciais.

No que tange aos critérios de acesso ao Ensino Superior (4), a Constituição Federal Brasileira indica os princípios que o regem (arts. 206 e 208). Não há um rol taxativo e nem que certos critérios devem ser observados. Embora haja a indicação de que o mérito de cada um deva ser considerado. De acordo com o relator, esse critério precisa ser interpretado pelo princípio da igualdade material que permeia toda a Carta Magna. Assim, é “essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais”<sup>49</sup>.

Pode-se utilizar o parâmetro étnico-racial como critério de ingresso no Ensino Superior, uma vez que as raças, em termos biológicos, não existem? Tal argumento, da inexistência da raça como conceito biológico, não exclui a possibilidade do uso do critério, uma vez que pode se falar de um conceito histórico-cultural de raça, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. Ou seja, o racismo é um fato histórico-cultural. Não existem raças, em termos biológicos, mas o racismo, como construção histórico-cultural, é característica de diversas sociedades.

Esses e outros apenas mencionados são os argumentos que permitem ao Ministro relator assim concluir:

[...] considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF.

Em resumo, esses são os principais argumentos<sup>50</sup> utilizados para sustentar a constitucionalidade das cotas étnico-raciais. Em síntese, o STF reconhece, em um primeiro momento, a importância e necessidade das ações afirmativas e na sequência, ao declarar a constitucionalidade das cotas com base em critérios raciais, reforça a base de um dos principais fundamentos dos Estados Democráticos de Direito, o princípio da igualdade material.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663>>. Brasília, 26 abr. 2012.

<sup>50</sup> Em outra oportunidade, os argumentos serão detalhadamente analisados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sociedades democráticas multiculturais, plurais e complexas, as questões da igualdade e da diferença tomam proporções significativas. Nesse cenário, o tema das ações afirmativas se configura como assaz relevante.

As ações afirmativas, especialmente as cotas étnico-raciais, têm provocado acaloradas discussões e intensos debates em diversas searas, principalmente na jurídica. Entretanto, após longa jornada recheada de percalços e de idas e vindas, o STF manifestou-se pela constitucionalidade delas. Sem dúvidas, tal decisão aparenta representar um avanço importante e significativo em termos de direitos.

O núcleo central do argumento utilizado pelo STF radica-se na tese de que, dado o contexto de desigualdade e discriminação causadas por longo processo histórico de exclusão e falta de reconhecimento das minorais, principalmente dos negros, há necessidade, para se garantir a efetiva igualdade (material), do uso de medidas compensatórias, reparadoras e inibidoras, as chamadas ações afirmativas, no caso em tela, as cotas étnico-raciais.

De acordo com o entendimento expresso pela Corte, a igualdade material que pode e deve ser realizada por intermédio das ações afirmativas de forma alguma violam os dispositivos normativos arrolados pelos opositores de tais medidas.

Entretanto, não se quer sugerir que o debate está encerrado. Em democracias complexas, multiculturais e plurais os debates na esfera pública precisam estar fundados em boas e ou nas melhores razões. Nesse contexto, provisoriamente, as razões evidenciadas no entendimento prevalecente no STF parece exprimir adequadamente, moral e juridicamente, a melhor resposta para caso em tela.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

APIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

BELINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a questão das quotas raciais para o ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo663>>. Brasília, 26 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.acoes.ufscar.br/admin/legislacao/arquivos/arquivo13.pdf>>. Brasília, 31 jul. 2009.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order nº 10.925*. Disponível em [http://en.wikisource.org/wiki/Executive\\_Order\\_10925](http://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_10925). Acesso em 23 maio 2014.

\_\_\_\_\_. *National Labor Relations Board*. Disponível em: <http://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>>. Acesso em 23 maio 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Joaquim Barbosa. As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade. *Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito*. Brasília, v. 24, 2003a.

\_\_\_\_\_. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas. IN: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. *Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003b.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAUFFMAN, Roberta Fragozo Menezes. A Desconstrução do Mito da Raça e a Inconstitucionalidade de Cotas Raciais no Brasil. *DPU*, nº 36, nov./dez. 2010.

KYMLICKA, Will. *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2012.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MELO, Mônica de. O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas. O Enfoque da Discriminação Positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 6, nº 25. out./dez. 1998.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative action) no Direito Norte Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PENA, Sérgio. Razões para Banir o Conceito de Raça da Medicina Brasileira. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, v. 12, nº 1, p. 321-46, maio/ago. 2005.

ROCHA, Carmen Lucia. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, nº 131, jul./set. 1996.

ROUSSEAU. *Do Contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: Edusc, 1999.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. 2. ed., vol. 2, Londres: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

SONG, Sarah. *Multiculturalism*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/multiculturalism/>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.